



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito – FD
Curso de Graduação em Direito

LARISSA LEARTH MOREIRA

**FAMÍLIAS POLIAFETIVAS E RECONHECIMENTO
CONSTITUCIONAL**

BRASÍLIA
2013

LARISSA LEARTH MOREIRA

**FAMÍLIAS POLIAFETIVAS E RECONHECIMENTO
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como exigência parcial
para obtenção do grau de bacharelado
em Direito, na Universidade de
Brasília, sob orientação do Prof. Dr.
Paulo Henrique de Oliveira Blair

BRASÍLIA
2013

**FAMÍLIAS POLIFETIVAS E RECONHECIMENTO
CONSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como exigência parcial
para obtenção do grau de bacharelado
em Direito, na Universidade de
Brasília, sob orientação do Prof. Dr.
Paulo Henrique de Oliveira Blair

Data da defesa: 13 de dezembro de 2013

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Paulo Henrique de Oliveira Blair
UnB

Prof. Dr. Claudio Ladeira
UnB

Prof. Dr. Guilherme Scotti
UnB

Dedico:

*Ao meu Pai e à minha mãe, pelo apoio
em todos os momentos e por terem me
ensinado que o amor é incondicional;*

*Ao meu irmão e à minha irmã, que dão
o sentido de família em minha vida,
ontem, hoje e sempre.*

*A presença deles/as dentro de mim, faz-
me sentir em casa, em qualquer lugar.*

“Amor

O amor é lindo

*Mas nem sempre é correspondido
e em vez de trazer afeto e felicidade
Traz ilusão e saudade.*

*O amor deixa qualquer um louco
Ele, quando vem, não escolhe raça,
cor, classe social ou saúde.*

*O cupido atira sem rumo
E o atingido sente amor profundo.*

*Existem vários jeitos de sentir amor
De pai, de mãe, de irmão, de amigo,
De esposa e de marido.
O amor é o único sentimento sentido
por todos.*

Ele é lindo!”

(LLM, 10 anos, 5ª série D¹)

¹ É preciso sonhar! Livro organizado em publicação a coletânea de textos de alunos do Centro Educacional Leonardo da Vinci, Brasília-DF, 1999.

RESUMO

A presente pesquisa analisa a tutela jurídica das uniões poliafetvias, no âmbito dos tribunais superiores brasileiros. Por meio de uma análise qualitativa da jurisprudência, observou-se que a orientação majoritária não reconhece a existência de relações concomitantes e poliamoristas. As decisões partem da premissa de que as uniões estáveis devem ser monogâmicas, de forma que qualquer família que não se encaixe nesse modelo não é concebida como tal. Entretanto, tal entendimento é arbitrário e discriminatório. Busca-se, então, demonstrar que não é possível o fechamento do conceito de família na Modernidade. Após, empreende-se, pela teoria dos sistemas sociais de Luhmann, entender a razão pela qual o Direito naturalizou um conceito específico de família. Por fim, analisa-se o cabimento das decisões que tratam do tema à Constituição de 1988.

Palavras-chave: Família; Amor; Uniões poliafetivas; Poliamor; Monogamia; Moral cristã; Igualdade; Liberdade; Laicidade; Dignidade da pessoa humana; Princípios; Constituição.

SUMÁRIO

I. Introdução	
1.1	Os objetivos da pesquisa.....10
1.2	As Famílias não-monogâmicas no Poder Judiciário.....11
II. Da Impossibilidade do fechamento do conceito de Família.....14	
III. Dos ruídos provocados pela moral cristã no Sistema do Direito.....25	
IV. Da análise constitucional e principiológica.....40	
V. Conclusão.....51	
REFERÊNCIAS.....57	

I. Introdução

1.1. Os Objetivos da presente pesquisa

A presente pesquisa tem por escopo analisar a constitucionalidade das decisões que tratam das uniões e famílias poliafetivas no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Para basear a análise, foram utilizados todos os acórdãos encontrados no Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Regiões, com as seguintes indexações: “uniões paralelas”, “uniões concomitantes” e “uniões simultâneas”. Foram encontradas no total 24² decisões³. No Supremo Tribunal Federal, nada foi encontrado com esses termos de pesquisa, mas pelos termos “companheira e concubina”, forma pela qual as uniões poliafetivas são indexadas no STF⁴.

Em todas as decisões tratava-se de um homem com mais de uma mulher, em casamento e união paralela ou duas uniões paralelas. O Poliamorismo⁵, situação em que há um único núcleo familiar composto por mais de duas pessoas, não foi encontrado na pesquisa com esses parâmetros. Entretanto, há caso de registro civil de união estável poliamorista, o qual foi incluído na pesquisa.

Pelos limites impostos a uma monografia de graduação, a análise será somente qualitativa, embora sejam mencionados alguns dados quantitativos, o trabalho não objetiva trazer conclusões dessa ordem. Por isso, não foram abordadas todas as decisões, mas foram transcritas algumas, a título exemplificativo, escolhidas para o desenvolvimento das teses apresentadas.

O trabalho será composto por três análises principais, no primeiro capítulo abordar-se-á o tema pelo viés atropológico-filosófico, a partir das

² Pela indexação de uniões paralelas: AGAResp nº 259.240 – STJ, p. 22/08/2013, Apelação nº 503.760 – TRF2, p. 06/08/2013, Apelação nº 496.554 – TRF2, p. 06/12/2012, Apelação nº 496.559 – TRF2, p. 06/12/2012, Resp 1.096.539 – STJ, p. 25/04/2012, AGA nº 1130816 – STJ, p. 27/08/2010, Resp 1.157.273 – STJ, p. 07/06/2010, Apelação 2006.71070003732 – TRF4, p. 17/12/2009. Pela indexação uniões concomitantes: Apelação nº 200551010266892 – TRF2, p. 06/08/2013, Apelação nº 200651010233179 – TRF2, p. 04/09/2012, Apelação 200980000001487 – TRF 5, p. 09/09/2011, Apelação nº 200751010014723 – TRF 2, p. 05/09/2011, Apelação nº 2006.51010012527, p. 11/07/2011, Apelação nº 2003.51100017732 – TRF 2, p. 16/05/2011, Apelação nº 2006.800000065087 – TRF 5, p. 24/02/2010, Apelação nº 2002.02010116751 – TRF 2, p. 19/02/2010, Apelação nº 2001.02010116751 – TRF 2, p. 07/01/2010, Apelação nº 2004.84000047620 – TRF 5, p. 17/10/2008, Apelação nº 2003.83000212302 – TRF 5, p. 13/06/2008. Com a indexação uniões simultâneas: Resp nº 912.926 – STJ, p. 07/06/2011, AgAI nº 1130816 – STJ, p. 27/08/2010. Não repetimos o processo constante em mais de uma das indexações e excluímos os julgados que não visam a análise do mérito como Embargos de Declaração e Medidas cautelares.

³ Pesquisa realizada pelo banco de julgados constantes no endereço eletrônico do STJ: www.stj.jus.br Último acesso à pesquisa em 21/11/2013.

⁴ Pesquisa realizada pela banco de julgados constantes no endereço eletrônico do STF: www.stf.jus.br Último acesso à pesquisa em 21/11/2012.

⁵ O termo será aqui utilizado como a união amorosa formada por mais de duas pessoas.

contribuições de Phillipe Ariès e de Levi-Strauss, juntamente com as reflexões sobre a Modernidade de Jurguen Habermas. Por meio dos estudos das variações do comportamento familiar do ser humano no tempo e no espaço, observar-se-á se é possível naturalizar um conceito do termo “família”, como hoje é feito pelo Direito brasileiro.

A segunda análise fundamenta-se na Teoria dos Sistemas de Nikklas Luhmann, e pretende observar, do ponto de vista sociológico, o possível fenômeno da influência da Religião cristã no Direito brasileiro no que toca ao assunto abordado.

Por fim, segue-se ao exame principiológico, em que se analisa a constitucionalidade dos entendimentos constantes nas decisões a seguir transcritas, em que perquire-se os parâmetros de uma decisão compatível com a Constituição Federal, levando-se em conta os precedentes do Supremo Tribunal Federal.

1.2. As Famílias não-monogâmicas no Poder Judiciário

O tema das famílias não monogâmicas⁶ no Brasil não recebe grande atenção da doutrina e da jurisprudência, embora sejam fartos os casos de pessoas que vivem dessa forma. Desconfia-se que isso se deve ao fato de que as pessoas discriminadas pelo tratamento são, preponderantemente⁷, mulheres, minoria política e pouco organizada para este fim. Ademais, trata-se de um assunto em que a doutrina e a jurisprudência estão em consonância com a moral majoritária, de forma que a discriminação dessas mulheres não causa grande desconforto social.

Pode-se notar que a ideia de que as amantes não são dignas de direito é compartilhada até mesmo entre as próprias mulheres, que internalizam a dominação masculina, conferindo mais suporte às práticas sociais machistas, tão perniciosas à nossa sociedade. Tamanha é a falta de mobilização, que este assunto sequer foi objeto de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, em que pese tratar-se de violação de direitos fundamentais. Nesse contexto, as famílias poliafetivas permanecem invisíveis aos olhos do Ordenamento, e essas mulheres, insignificantes para o Direito de Família.

⁶ Utilizarei o termo não-monogâmica como sinônimo de poliafetivas e de multiafetivas, pois são utilizados com o mesmo sentido pela literatura. Diferentemente do termo poliamor, que é utilizado unicamente como uma relação com multiplicidade de parceiros.

⁷ Em todos os julgamentos analisados tratava-se de um homem com mais de uma mulher.

A própria forma na qual o assunto é indexado pelas ementas no STF, denonata a conotação pejorativa que se atribui às famílias poliafetivas. Parte-se da distinção “companheira” e “concubina”, para afirmar que esta última não pode constituir uma família. O termo vêm do latim “cum cubare”, significa “dormir junto”, designa a relação existente entre pessoas impedidas de casar. São consideradas pelo Ordenamento relações espúrias, imorais e ilícitas. Antes da Constituição de 1988, os filhos concebidos dessa relação eram ilegítimos, porque não advindos da benção do matrimônio.

Falava-se em concubinato *puro e impuro*. O primeiro consistia na união de pessoas que não eram casadas, mas não tinham impedimentos para tanto – trata-se do que hoje se define por união estável. O segundo se formava quando algum dos parceiros possuía impedimento para contrair o matrimônio, por isso, a relação não fazia *jus* a proteção familiar, mas era reduzida a uma sociedade de fato, para inibir o enriquecimento sem causa de quem mantinha em seu nome os bens da família (normalmente o homem). Dessa forma, para ter meação dos bens, cabia à mulher o ônus de provar que contribuiu financeiramente para a formação do patrimônio. Ausente a contribuição ou a prova desta, cabia-lhe o desamparo. O concubinato impuro ainda subsiste na doutrina e na jurisprudência, resquício de uma tutela da família baseada exclusivamente no casamento, ainda hoje invocada pelo STF. Em ocasião de julgamento recente sobre a matéria, o Ministro Marco Aurélio, relator do RE nº 397.762-8 afirmou que:

(..) a união estável protegida pela Constituição pressupõe prática harmônica com o ordenamento jurídico em vigor. Tanto é assim que, no artigo 226 da **Carta da República tem-se como objetivo maior da proteção ao casamento**. (...) À época, em vigor se encontrava, inclusive, o artigo 240 do Código Penal, que tipificava o adultério. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 397.762-8, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, publicado em 12/09/2008.) (grifos adotados)

Atualmente, com a vigência de uma Constituição com preceitos igualitários, que preconiza a proteção à todas famílias, não se justifica quaisquer discriminações. A tutela da família deslocou-se da proteção exclusiva ao casamento, para o abrigo à todas as formas de orgazinação familiar. Assim sendo, constata-se que o instituto do concubinato encontra-se defasado, posto que era utilizado justamente para negar proteção a um determinado tipo de família. Evidencia-se, por conseguinte, que a indexação do STF “companheira” e “concubina” não parte de uma

tutela isonômica à todas as famílias, pois pressupõe a discriminação das famílias concebidas a partir do que se entende por concubinato.

Também não faz sentido no contexto de uma sociedade que respeita as escolhas individuais, punir uma pessoa por adultério, seja na esfera penal ou na civil. Em vista disso, como observou o Ministro Marco Aurélio no acórdão citado, a referida tipologia restou expungida do Ordenamento com a Lei nº 11.106/05.

Observa-se que a sociedade brasileira e o Direito sofreram grandes transformações em abertura à pluralidade de formas de concepção de vida. Na Modernidade, a unidade do Estado e a legitimidade do Direito baseiam-se no respeito à liberdade e à igualdade. Partido desse pressuposto, perquirir-se-á se há razão legítima que justifique o não reconhecimento das famílias poliafetivas.

II. Da Impossibilidade do fechamento do conceito de Família

O signo *família* passou por diversas formas de concepção ao longo do tempo e do espaço, a depender do modo de vida social estabelecido. Assim, analisar-se-á a possibilidade do fechamento do conceito de família, para fins de tutela do Estado brasileiro, a partir de dados sociológicos.

A origem da tutela do direito de família no Brasil adveio de um modelo familiar cristão, patriarcalista, heteronormativo⁸ e monogâmico (SOUZA; SILVA, 2013). A Constituição de 1934, por exemplo, dava aos ministros religiosos o poder de celebrar casamento, com os mesmos efeitos de um celebrado no âmbito do Direito civil.⁹ O casamento, originariamente um sacramento da Igreja Católica, ao ser institucionalizado pelo Estado e incorporado ao Direito, trouxe os valores religiosos de sua origem. O dever da fidelidade no matrimônio, por exemplo, é entendido estritamente como impedimento de manter relação amorosa com outra pessoa.

Os traços patriarcalistas também são marcantes na legislação de família, o Código Civil de 1916, por exemplo, impedia que a mulher obtivesse ofício sem a outorga de seu cônjuge¹⁰. Por outro lado, ela podia livremente requerer os bens que seu marido porventura mantivesse com sua concubina. Tratava-se de um mecanismo de proteção do modelo familiar cristão, em detrimento dos outros existentes.

Tais dispositivos foram reformulados com o advento da Constituição de 1988, que possui como corolários a igualdade, a liberdade, a laicidade do Estado. Nesse sentido, o parágrafo 7º do artigo 226 deste texto expressa que o planejamento familiar é livre e a proteção estatal deve ser consentânea com a dignidade da pessoa humana¹¹, o que significa que independentemente das escolhas individuais de composição familiar, o Estado deve garantir sua tutela.

⁸ O termo heteronormatividade refere-se a força de construção social que determina a heterossexualidade compulsória. Moreira e Candau. *Multiculturalismo*, p. 138.

⁹ “Art 146. O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.” BRASIL. Código Civil. (1946). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm > Acesso em 20/11/2013

¹⁰ Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe: (...)IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III). BRASIL. Código Civil, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm > Acesso em 20/11/2013

¹¹ § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada

A Constituição brasileira possui como princípio a proteção à família, unidade afetiva basilar da sociedade. O artigo 226 do texto constitucional afirma em seu caput que “*A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”.

Para tanto, reconhece-se como família, não apenas aquela originada com o casamento, mas as uniões estáveis e também as famílias monoparentais, de acordo com o parágrafo 4º do artigo citado, “*entende-se, também, como entidade familiar, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”.

A Carta de 88 inovou ao incluir as uniões estáveis no cerne da família, bem como igualou todos/as os/as filhos/as, independentemente de terem sido concebidos/as na comunhão de um casamento.¹²

Nesse contexto, nota-se que progressivamente diversas formas de organização familiar vêm sendo reconhecidas. Em 2010, a união homoafetiva foi reconhecida pelo Poder Judiciário¹³ ao entendimento de que não cabe ao Estado, laico por princípio, limitar as formas de amar, e que o parágrafo 3º do artigo 226 da CF, quando fala que “*é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar*” o faz de forma exemplificativa, abrigando, portanto, uniões homossexuais. Da mesma forma, quando o Código Civil cita “*o homem e a mulher*”, também deve-se entender de maneira exemplificativa e aberta.

No ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução nº 175, que proíbe as autoridades competentes a recusarem-se a celebrar casamento civil ou converter união estável em um, entre pessoas do mesmo sexo.

Entretanto, em que pese a exigência de inclusão e igualdade demarcada pela Constituição, as família plúrimas continuam à margem da tutela estatal, ao argumento de que a família só pode ser monogâmica.

Nesse sentido, o Código Civil de 2002 afirma no artigo nº 1727, que “*as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem*

qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. BRASIL, Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 20/11/2013

¹² A Constituição de 1934 considerava dignas de proteção apenas as famílias originadas do casamento, o artigo 134 deste texto afirmava que “*A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado*”. Qualquer família concebida fora do casamento indissolúvel não poderia ser reconhecida pelo Estado, assim toda união extraconjugal era considerada concubinato e os filhos/as havidos/as fora do casamento, ilegítimos, não possuíam os mesmos direitos dos/as filhos/as concebidos na vigência do matrimônio.

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132 – RJ, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011

concubinato”. Dessarte, são tratadas como concubinato, instituto desprotegido pelas normas de família, todas as uniões não monogâmicas.

Esse dispositivo é utilizado para negar reconhecimento às famílias poliafetivas. Com base nele, o STJ, tribunal responsável por unificar a interpretação da legislação federal, firmou entendimento que não é devido o reconhecimento das uniões plúrimas, concomitantes, paralelas ou simultâneas, conforme também sustenta o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no acórdão do Recurso Especial nº 789.293, julgado em 16/02/2006, a seguir transcrito:

Quem convive simultaneamente com duas mulheres não tem relacionamento putativo para fins de união estável, pela só razão de que ou bem uma delas é de fato a companheira e a outra o relacionamento não estável, embora longo no tempo, ou nenhuma das duas é companheira e não reúnem condições apropriadas para reconhecer a união estável

Não foi por outra razão que o Código civil cuidou conceituar a união estável na mesma linha da Lei n. 9.278/96, ou seja, reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”(art. 1723). Ora, com o maior respeito à interpretação acolhida no acórdão, **não enxergo possível admitir a prova da múltipla convivência com a mesma natureza de união estável, isto é, “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O objetivo do reconhecimento da união estável e o reconhecimento de que essa união é entidade familiar, na minha concepção, não autoriza que se identifiquem várias uniões estáveis sob a capa de que haveria também uma união estável putativa. Seria, na verdade, reconhecer o impossível, ou seja a existência de várias convivências com o objetivo de constituir família. Isso levaria, necessariamente, à possibilidade absurda de se reconhecer entidades familiares múltiplas e concomitantes.** (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceita Turma, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Recurso Especial nº 789.293/RJ.) (grifos do autor)

Para o Ministro, é impossível a existência de núcleos familiares concomitantes, pois supostamente uma pessoa só poderia ter o *animus* de constituir família com um único indivíduo.

Observa-se que o *primado da monogamia* é pedra de toque da argumentação, sempre concebido como algo posto, inquestionável, *natural*. A conduta não monogâmica é entendida como o desvio a ser regulado, extirpado da sociedade quase como uma prática doentia.

No entanto, há muitos indivíduos que entendem a poliafetividade como a realização de um desejo espontâneo, de algo que acreditam provir de seus instintos. Em Documentário intitulado “Poliamor”¹⁴, o diretor José Agripino mostra relatos de pessoas que direcionam seus afetos para mais de um indivíduo, com a ciência de todos os envolvidos, e afirmam viver bem com isso, sentem-se mais autênticos com a realização de suas vontades e mais completos, pois relatam não viverem conflitos internos derivados de culpa por ter enganado alguém.

No referido Documentário, os casais poliamoristas contam que resolveram lidar de forma aberta e honesta com o amor que sentiam por mais de uma pessoa. Entendem que por se tratar de um amor consentido por todos/as os/as envolvidos/as, não poderia ser algo ruim e proibido.

Segundo a entrevistada Claudia Naomi, amar dois homens ao mesmo tempo é expressar seu sentimento, concretizar o que vem, naturalmente, dela. Para Claudia, este comportamento provém de sua natureza, ela afirma que possui a capacidade de amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo. E não acredita que todos os indivíduos sintam a necessidade de dirigir seu afeto para mais de uma pessoa, mas acredita que há muitas pessoas como ela, e que não há mal algum em seu comportamento, pois não há desrespeito ou traição.

No mesmo sentido do depoimento, há diversas pesquisas antropológicas que confirmam a ideia do Documentário, de que o comportamento sexual do ser humano não é, necessariamente, monogâmico ao longo do tempo e do espaço. Aliás, sequer é possível determinar um comportamento familiar estritamente *natural*, *biológico*, vez que a organização social dos indivíduos é determinada por diversos fatores complexos, difíceis de serem observados isoladamente. Todos os povos compartilham uma cultura própria, que os constitui e identifica, assim, não é possível analisar as práticas sociais de um ser humano, apartadamente da sociedade.

Levi Strauss, em sua obra, “*Estruturas elementares do parentesco*”¹⁵ tenta diferenciar os traços biológicos/naturais dos traços culturais do comportamento

¹⁴ **Poliamor**. Argumento e Direção José Agripino, produção e direção de arte Leticia Borazanian, Direção de fotografia Julio Brunet, som direto Ruy Fialho, edição de imagem e som Fábio Aguiar, Trilha sonora Guilherme Ferrari. Entrevistados: Fátima Peres, Ulysses Silva, Charô, Rogério, Cláudia Naomi e Claudio Rodrigues. Disponível em <http://vimeo.com/23988620>. Acessado pela última vez em 22/11/2013.

¹⁵ Cf Levi-Strauss, Claude. *As estruturas elementares do Parentesco*. Tradução Mariano Ferreira, Editora Vozes Limitada, Petrópolis, RJ, 1976.

sexual. Relata que o único traço comum a todas as sociedades por ele estudadas é a proibição do incesto, isto é, o impedimento de relação sexual entre os entes pertencentes a uma mesma família. (STRAUSS, 1976, Cap. 2)

Os cruzamentos entre pessoas de parentesco próximo pode gerar descendentes com genes do mesmo tipo, muitas vezes com menor grau de sucesso de sobrevivência. Em razão disso, muitos cientistas acreditavam que a proibição do incesto teria uma origem biológica, determinista, pois supostamente prejudicaria a continuação da espécie. (STRAUSS, 1976, p. 51)

Entretanto, Strauss mostra que os casamentos consanguíneos afetam apenas a prole seguinte, não alteram os genes da população como um todo, então, não haveria, portanto, um fator biológico que afastasse a vontade de um indivíduo se unir a outro. (STRAUSS, 1976, p. 51-54)

A universalidade do tabu do incesto não é explicada biologicamente, mas constitui uma prática localizada no limiar da cultura. Em sociedades primitivas, o que se nota é que as relações humanas são pautadas pelo ambiente. Muitos povos, utilizam-se das uniões matrimoniais para estabelecerem trocas e vínculos, para fortificar seus clãs. Trata-se de uma estratégia de sobrevivência, não imposta pela natureza, mas que permite a continuação do povo. (STRAUSS, 1976, p. 521)

Há inúmeros tipos de formatos de relação, a depender das circunstâncias fáticas de cada local. Os Toda, na Índia, por exemplo, podem casar-se apenas com membros Toda, de forma que casam-se quase sempre com primos. A estrutura desta sociedade é formada por clãs matrilineares e patrilineares, com funções distintas e bem definidas entre si. As regras sociais deste grupo não podem ser explicadas exclusivamente pela pressão ambiental, mas sim uma mescla de cultura e equilíbrio com o meio, com a forma de vida propiciada pelas circunstâncias sócio-ambientais. (STRAUSS, 1976, p. 451)

Há tribos ameríndias em que a família não é a unidade menor, mas sim a própria tribo, em que os adultos cuidam indistintamente de todas as crianças, formando a tribo toda, uma única família. (STRAUSS, 1976, p. 521)

Quanto ao número de parceiros, há diversas sociedades poligâmicas. Em estudo social realizado na metade do século XX, George Murdock (1949) descobriu que a poligamia era permitida em 80% das sociedades por ele analisadas (GIDDENS *apud* MURDOCK, 2005, p. 149). Há sociedades poligínicas¹⁶, em que um homem é casado com mais de uma mulher, inclusive no ocidente contemporâneo, como é o caso das comunidades Mórmons nos Estados Unidos.

Há outras sociedades que praticam a poliandria¹⁷, uma mulher com diversos homens. Há ambientes adversos, marcados pelos conflitos e guerras constantes, que abrigam povos que sobrevivem por meio da poliandria. As famílias precisam de muitos homens para serem protegidas e continuadas, tendo em vista que estes, responsáveis pela proteção, costumam morrer cedo. A poliandria permite que as famílias continuem reproduzindo-se, mantendo a sobrevivência das gerações futuras e, portanto, do povo.

Verifica-se que a monogamia não é uma regra biológica e tampouco há um fator natural que a imponha. A monogamia é uma prática cultural e não expressa um modelo de vida mais civilizado, desenvolvido, evoluído ou melhor, trata-se tão somente de uma forma de se conceber os relacionamentos. Na sociedade moderna, que possui como traço a pluralidade de culturas e de visões de mundo, os indivíduos relacionam-se das formas mais diversas.

Sendo assim, não faz sentido admitir que as relações amorosas sejam somente monogâmicas, se há uma multiplicidade de formas de se relacionar e as pessoas são livres para tanto, não há razão para que o Direito admita apenas o modelo monogâmico. Em um Estado Democrático de Direito, a diversidade deve ser respeitada e tratada com igual consideração e respeito.

Assim como as uniões amorosas são diversas, a forma de composição familiar também apresenta grande variabilidade. A própria história da família ocidental, cultura majoritária em nossa sociedade, é marcada por grandes mudanças estruturais com relação a forma de conceber o casamento e o papel de cada membro da família.

¹⁶ Poliginia: um homem pode ser casado com mais de uma mulher ao mesmo tempo. GIDDENS, 2005. P. 152

Philippe Ariès mostra em sua obra *História Social da criança e da família*¹⁸ as transformações das famílias das sociedades industriais ao longo do tempo. Relata que até meados do século XIII a criança quase não tinha importância no seio das famílias. Supõe que, devido a alta mortalidade infantil, a criança apenas ganhava status de membro da família, depois de atingir uma certa idade. A família era centralizada no casal, e não nos membros da prole. É que essa família antiga tinha como missão a prática de um ofício comum, a ajuda mútua cotidiana, a proteção da honra e das vidas, tendo em vista que um indivíduo vivendo isoladamente tinha poucas chances de sobreviver. Nesse tempo, a família não possuía uma função essencialmente afetiva, como ocorre nos dias de hoje. O amor entre os cônjuges e entre pais e filho/as não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família. (ÀRIES, 1981, p, 265) Tratava-se de uma organização de sobrevivência, não de uma escolha livre centrada em um projeto de felicidade.

Dos séculos XIII ao XVII, uma profunda cristianização dos costumes deu nova importância às crianças, passou-se a reconhecer que suas almas também eram imortais. Até o fim do século XVII, o infanticídio era uma prática moralmente tolerada, praticada em segredo, mais extremamente comum. Frequentemente crianças morriam asfixiadas “naturalmente” na cama dos pais, onde dormiam. Não se fazia nada para conservá-las ou salvá-las de alguma enfermidade. Com o advento do século XVII, popularizaram-se as escolas, principalmente nos meios urbanos, e as crianças deixaram de conviver junto aos adultos durante a maior parte do dia. (ÀRIES, 1981, p, 277-279)

O autor atribui a essa separação de crianças e adultos a principal razão da grande moralização cristã promovidas pelas Igrejas, responsáveis pelo ensino. Nesse momento, iniciou-se uma grande mudança no seio da família. Esta tornou-se um lugar de afeição necessária entre os cônjuges e entre estes e a prole, tal afeto exprimiu-se sobretudo na importância que passou a ser atribuída à educação. Os pais passaram a preocupar-se com a educação e com a formação das crianças. (ÀRIES, 1981, p, 280)

¹⁸ Ariès, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Tradução de *L'Enfant et la Vie familiale sous l'Ancien Régime*. Editora Guanabara S. Rio de Janeiro, RJ, 1981.

Progressivamente, enquanto a organização familiar deixava de ser essencial à sobrevivência dos indivíduos, o afeto passou a caracterizar a razão de ser das famílias. Ultrapassada a indissolubilidade do casamento, o amor tornou-se o principal elemento das relações. Como bem observou Rodrigo Cunha Pereira:

A partir do momento em que a família deixou de ser o meio econômico e de reprodução para ser o espaço do afeto e do amor, surgiram novas e variaas representações sociais para ela. (PEREIRA, 2002, P. 226, 227)

Em nossa sociedade, em que os indivíduos não necessitam do casamento para a sobrevivência, o fator constituidor da família é a *affectio familiae*, o amor, independentemente a quem ele seja direcionado ou a quantas pessoas seja direcionado é a única materialidade que reveste o conceito de família. Nada obriga uma pessoa a conviver com outra, senão a comunhão de suas próprias vontades. E estando os sujeitos envolvidos, em plena consciência e gozo de seus projetos de felicidade, não há nada que os impeça de viverem como bem lhes houver.

Isso porque nossa Constituição garante aos indivíduos liberdade para determinar suas relações pessoais e definir como devem instituir suas famílias. Em que pese a legislação infraconstitucional exprimir valores católicos, há dispositivos nela que expressam o direito a liberdade de organização familiar, como art. 1.513 do atual Código Civil, que adverte: *É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.*

Com base nisso, em 2012, foi feita a escritura de uma união estável formada por três pessoas na cidade de Tupã, estado de São Paulo.¹⁹ A tabeliã notou que tratava-se de uma união com o intuito de constituir família. Entendeu que se todos os envolvidos estavam em comum acordo com a união, o fato de serem três - e não dois - não desconfigura o acordo de fidelidade²⁰ ou lealdade, e portanto, estavam preenchidos os requisitos para o reconhecimento da união estável.

Esse é o tratamento coerente com a sociedade Moderna, multicultural, que não possui motivo para impedir que cada indivíduo possa autodeterminar-se

¹⁹ Conferir notícia disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-ago-23/cartorio-tupa-sp-reconhece-uniao-estavel-entre-tres-pessoas> > Acesso em 23/11/2013.

²⁰ “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca” e Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.” BRASIL. Código Civil. (1946). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm > Acesso em 20/11/2013

livremente e ser respeitado por suas escolhas. Como trata Jurguen Habermas em sua obra “*O Discurso filosófico da Modernidade*”²¹, a Modernidade é caracterizada pela ausência de verdades universais, de dogmas, de regras naturais ou metafísicas. A secularização dos sistemas de ação cultural e a racionalização das concepções religiosas de mundo se concretizam em práticas de vida racionais baseadas na ação dialógica da ação comunicativa.

A ausência de uma concepção de mundo fundadora que possa fornecer sentido, função ou objetivo para a vida das pessoas permite que elas mesmas possam buscar, por si, suas próprias razões e modos de vida. A ação comunicativa, por meio da inclusão ao diálogo, permite que se chegue, racionalmente, a concretização das liberdades individuais fundadas na igualdade entre os indivíduos. Não há nada que nos obrigue a viver de uma ou outra maneira, senão o respeito ao outro. Dessa forma, a delimitação e a imposição de um conceito fechado para a forma de vida familiar não faz sentido na sociedade moderna. (HABERMAS, 2000, Cap. 1)

Além disso, nesse contexto, não se justifica a imposição de um conceito arbitrário de fidelidade, tratando-se de um pacto individual, que toca a privacidade dos indivíduos. Contudo, a jurisprudência insiste em fazê-lo, consoante pode ser observado pelo seguinte trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi, Terceira turma, julgado em 18/05/2010.

Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade – que integra o conceito de lealdade – para o fim de inserir no âmbito do Direito de família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade.

As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têmornado o cenário fático do Direito de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses

Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com pés fincados na eticidade

²¹ Habermas, Jurguen. O discurso filosófico da modernidade, doze lições. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000.

Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigli, Recurso Especial nº 1.157.273, publicado em 07/06/2010.)

Como se nota, para a Ministra, fidelidade pressupõe uma relação monogâmica. Ainda mais, pressupõe que o reconhecimento de uma família paralela, quebraria a fidelidade. Ocorre que a fidelidade é um acordo particular entre os indivíduos, o qual não pode ter seu sentido generalizado e previamente estabelecido por uma norma. Constitui-se em um pacto de confiança, o qual restará maculado com a quebra dos termos propostos pelos envolvidos, independentemente de quais termos sejam. A determinação do conteúdo do pacto é íntima e pessoal, descabendo ao Estado interferir nela.

Caso três pessoas decidam fazer parte de uma mesma relação, com a ciência e concordância de todos/as os/as envolvidos/as, restaria quebrada a fidelidade ou a lealdade entre eles/as? Ora, se há livre acordo estabelecido por pessoas com capacidade de direito, não há quebra de confiança ou de fidelidade.

As particularidades do afeto e da expressão sexual dos indivíduos não podem ser impostas por uma norma pública, posto que se trata de uma forma de sentir essencialmente íntima, em que só cabe intervenção - para a proteção de algum dos envolvidos - nunca para discriminá-los. Como bem observa Pablo Stolze:

Nessa ordem de ideias, portanto, chegamos, até mesmo por honestidade intelectual a uma primeira e importante conclusão: não é possível apresentar *um conceito único e absoluto de Família*, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifana gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias. Qualquer tentativa nesse sentido seria infrutífera e desgarrada de nossa realidade. A par disso, registramos que, nesta obra, preferimos utilizar a expressão "Direito de Família" - em vez de "Direito das Famílias" - não por um apego estéril à tradição legislativa ou adoção da equivocada ideia unívoca do signo 'família' mas, sim, pelo reconhecimento de que a *expressão 'família' é gênero* que comporta diversas modalidades de constituição, devendo todas ser objeto da proteção do Direito. Assim como não precisamos pluralizar o 'amor', por sua intrínseca plenitude, o mesmo se dá, em nosso sentir com a noção de 'família'. (Gagliano; Pamplona Filho, 2011, p.38,39)

Como bem colocado, na Modernidade não é possível estabelecer um conceito unívoco de família e cerrá-lo para as demais formas. Como demonstrado, argumentos de ordem natural não possuem fundamento racional para pautar o conceito de família e fazer com que se aceite como válido apenas o que se enquadrar em um determinado padrão. Não há um padrão correto, uma forma melhor ou mais legítima, nenhuma valoração arbitrária pode pautar um Estado democrático que possui como alicerces a igualdade e a liberdade.

III. Os ruídos provocados pela moral cristã no Sistema do Direito

Com o exame desenvolvido no capítulo anterior, nota-se que a jurisprudência entende a família a partir de uma definição ontologicamente fechada.

Neste capítulo, analisar-se-á, se há traços de dogmas religiosos em decisões que tratam das famílias poliafetivas, e como opera o possível fenômeno da influência da religião no Direito.

Como mencionado, a Modernidade é caracterizada por um processo de racionalização do mundo que autonomizou as esferas axiológicas (esferas de valores culturais) responsáveis por homogeneizar interpretações globais do mundo a partir de explicações metafísicas ou mítico-religiosas. A religião, que ocupava o cerne da explicação do funcionamento das sociedades tradicionais, deslocou-se do centro de estruturação da sociedade, por não fornecer explicações coerentes com a lógica racional. Tornou-se, assim, incapaz de legitimar sua normatização própria.

Como consequência, a sociedade moderna teve de buscar sua autofundamentação em si mesma, e não em referenciais religiosos. Entretanto, justamente pelo papel *universalizador de sentido do mundo*, característico da religião, ela entra constantemente em tensão com concepções de mundo que divergem das suas.

A religião fundamenta seu sentido na fé, crença metafísica, cuja finalidade é orientar os indivíduos à aproximação com Deus, este entendido dentro da religião, como ente de poderes superiores capaz de livrar as pessoas de qualquer agonia ou sofrimento existencial advindo das incertezas do mundo.

O paradoxo de viver num mundo de incertezas, mas necessitar delas para dar algum sentido à vida, faz permanecer em alguns locais a visão religiosa do mundo. Esta tem por característica principal a pretensão de universalidade, pois oferece uma única explicação do mundo possível, em sua visão. Em virtude dessa pretensão universalista, a Religião tenta imiscuir-se nas esferas de normatização da sociedade, especialmente, no Direito. (Cf. LUHMANN, 2013, Cap. 9)

Pela consciência desse fato, é possível notar que a análise das normas e das decisões acerca das uniões e famílias multiafetivas pressupõe um determinado paradigma. Nota-se que as argumentações desenvolvidas pelos julgadores refletem concepções de *Bem* advindas da ética cristã, embora o Estado brasileiro seja laico e não admita que valores religiosos fundamentem qualquer decisão.

Assim, o presente capítulo objetiva analisar a presença de traços religiosos nessas normas e decisões por meio da teoria dos sistemas do sociólogo Niklas Luhmann, a qual se propõe a descrever a sociedade moderna, pelo referencial da comunicação.

Segundo a teoria dos sistemas, a sociedade é formada por sistemas autônomos, auto-poiéticos, auto-referenciais e operacionalmente fechados. Ele descreve dois sistemas primários, o sistema psíquico, que opera pela consciência, e o sistema social, operado exclusivamente pela comunicação. (LUHMANN, 2013, Cap. 2, p. 16)

O sistema social é composto por diversos sistemas fechados (subsistemas de segundo grau), que operam simultaneamente e, de acordo com a complexificação da comunicação produzida, diferenciam-se. A modernidade constitui-se pela alta complexificação da comunicação e uma grande diversidade de sistemas sociais que produzem comunicação própria. (Cf. LUHMANN, 2013, Cap. 8)

Os sistemas são auto-poiéticos na medida em que criam-se por si só a partir da diferenciação sistema-ambiente. As próprias operações comunicativas produzem os novos elementos do sistema, que dependem das operações anteriores e são, ao mesmo tempo, as condições para as operações futuras, dessa forma, autorreferenciando-se. (Cf. LUHMANN, 1995, Cap. 11)

Os sistemas operam apenas por sua própria linguagem, de forma que as comunicações que ocorrem dentro de um sistema são compreendidas apenas internamente e não absorvem nenhuma comunicação de linguagem diversa, por isso diz-se que os sistemas são fechados. Esse fechamento é a base da autonomia do sistema, nenhum sistema opera fora de suas fronteiras, assim, nenhum sistema comunica diretamente com outro. (Cf. LUHMANN, 2013, Cap. 2)

A diferenciação de cada sistema em relação a seu ambiente ocorre pela exclusão de si mesmo em relação ao ambiente externo. Diferenciar é a operação comunicativa básica que delimita o sistema e seu ambiente, por meio de uma comunicação diferenciada, em termos binários. Toda comunicação interna pode ser reduzida a uma linguagem binária própria por meio da qual o sistema desenvolve sua *autopoiesis*. (Cf. LUHMANN, 2013, cap. 2)

A Modernidade constitui-se pela alta complexidade, o que significa, para Luhmann, alto grau de diferenciação funcional dos sistemas. Cada sistema possui uma função específica e a desempenhará a partir de uma estrutura que se baseia em uma código binário exclusivo. Diante disso, cada sistema só conseguirá observar o ambiente através de sua função, de sua *lógica interna*, o que obsta a possibilidade de cognição direta entre os sistemas. Consequentemente, nenhum sistema poderá postular diretrizes a outro. (LUHMANN, 1995, p. 144)

Os sistemas são autônomos no sentido de que são desprovidos de *inputs* e *outputs*, o que não significa que sejam completamente impassíveis de influência externas, mas que essas influências são interpretadas internamente como perturbações, as quais não são capazes de programar o sistema, apenas suscitam reações internas de compensação. (LUHMANN, 1995, p. 144)

Não obstante os sistemas sejam autônomos e fechados, relacionam-se com seu ambiente na medida que sofrem pressões deste, o motor exógeno da transformação do sistema é o descompasso entre a complexidade interna e a externa (essa será sempre maior). Essas “pressões externas” são sentidas por uma abertura cognitiva fundada na diferenciação, operando pelos mecanismos de *variação*, *seleção* e *estabilização*. (LUHMANN, 1995, p. 144.)

O sistema Direito produz comunicação internamente por meio dos códigos lícito/ilícito. O sistema político, poder/não poder, o sistema da arte, belo/feio, o sistema da ciência, verdade/não-verdade e o sistema religioso imanente/transcendente. Como dito, a comunicação pertencente ao sistema do Direito só é inteligível, juridicamente, dentro do próprio sistema do direito. Para os outros sistemas a comunicação externa a eles é incompreensível e apresentam-se como meros ruídos, incapazes de fazer sentido internamente. (LUHMANN, 1995, p. 18)

Como mencionado, o sistema da religião, por muito tempo, constituiu o âmago da sociedade. Dentro dele produziam-se justificações para a política, para a arte, para a economia e para o Direito. A religião oferece uma descrição do mundo que, em sua visão interna, é completa. Nas palavras de Luhmann:

When religion had achieved this form of differentiation, it was offering a world description that (from its view) is complete. That made difficult (if not impossible) to recognize the differentiation of

religion from within society and react to it communicatively, especially if everyone (more or less) shared its premises of faith. Society accepted religion's positing of the world [Weltsetzung] (LUHMANN, 2013, p. 2000)

Como cediço, a distinção fundante do sistema da religião se dá por meio do código imanente-transcendente. Aquilo que se aproxima do divino é transcendente, é sagrado, é o caminho para alcançar a salvação. Já o imanente representa o profano, o pecado e o mal do mundo.

O sistema, embora se defina pelo seu código, não consegue sobreviver apenas com ele, tendo em vista que isso significa a total exclusão do sistema do ambiente. É necessário algo que viabilize a seleção de objetos e eventos que tenham significado apreensível pelo sistema, para que a comunicação que forma o sistema seja possível. Esse algo consiste nos programas. (LUHMANN, 2013, Cap. 2, p. 9)

A religião possui como programa a universalização de suas regras morais, utiliza-se da moral, isto é, do código bom/ ruim para promover a interpretação das condutas condizentes com o imanente/ transcendente. Nesse sentido, as condutas corretas moralmente são aquelas que levam ao encontro com o transcendente. Deus é bom e quanto mais perto dele, mais digno e valioso se torna o ser humano. (LUHMANN, 2013, Cap. 2, p. 9)

Dessa forma, a moral é apropriada pela religião para reproduzir sua comunicação interna imanente/ transcendente na forma ruim/ bom, conforme demonstra o autor:

In the major religions, especially the monotheistic ones, something different is found: a kind of religious self-disciplining in the sense of moral values. The programs used to explain which actions imply transcendence (and which do not) are themselves formulated using the moral coding "good and bad". The transcendence side of the code then takes on personal features so that can be understood that God (on the dominant God the divine realm) wants what is good. (LUHMANN, 2013, Cap. 2, p. 10)

No caso em exame, observamos que um programa pertencente ao código moral religioso, a monogamia, é utilizado no Direito. A jurisprudência reconhece que existem relacionamentos poliafetivos na sociedade, mas defende que esses não devem ser acolhidos pelo direito, posto que não são moralmente corretos. Esse

entendimento é exposto na argumentação construída pelo Ministro Luis Felipe Salomão, relator do RESp n. 912.926/RS, a seguir transcrita:

Ressalto, de saída, a premissa a partir da qual foi construído o raciocínio para desate desta controvérsia. Não se está analisando a possibilidade de, no mundo dos fatos, haver mais de uma união com vínculo afetivo e duradouro, com o escopo de constituição de laços familiares, o que evidentemente acontece.

O que se está a perquirir é se, ainda que de fato haja vínculos afetivos desse jaez, o ordenamento jurídico confere-lhes alguma proteção. Vale dizer, indaga-se se as relações afetivas com esses caracteres, simultaneamente perfectibilizadas, recebem, não de fato, mas juridicamente, o predicativo de ‘união estável’.

Isso porque é de tempos conhecida a máxima kelseana, segundo a qual ‘a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser’ (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª ed. [Tradução Batista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

Tal perspectiva é absolutamente essencial ao entendimento do fenômeno jurídico, porque se percebe que a mente humana, a sociedade e a complexa cadeia de relações sociais são muito mais inventivas que o criador do direito, o qual, ordinariamente, verificado o fenômeno social no mundo dos fatos, vem a reboque.

Por isso que a situação fática perante a qual se depara o observador, o aplicador do direito, pode ou não ser tutelada pelo ordenamento jurídico, quer proibindo-a, quer permitindo-a e lhe conferindo efeitos jurídicos, quer, ainda, a ela (à situação fática) sendo indiferente.

(...)

Não por acaso a mezinha notícia histórica acerca da criação de conceito básico para o direito privado – a relação jurídica – da conta da existência de relações sociais parcial ou totalmente desprovidas de juridicidade, como bem asseverou Savigny, ainda no século XIX:

Com efeito, afigura-se imprópria, porque desprovida de base teórico-jurídica, a assertiva segundo a qual os fenômenos sociais em evidência não podem deixar de estar sob a tutela do direito. Ao contrário, a tutela jurídica deve ser extraída do próprio ordenamento jurídico (dever-ser) e não dos fatos sociais (ser), muito embora o primeiro somente se revele como uma realidade quando de encontro com o segundo.(...)

A partir dessa premissa jurídico-filosófica, não vislumbro como – ao menos ainda – haver tutela jurídica de relações afetivas plúrimas, denominadas uniões estáveis paralelas. (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Min. Luis Felipe Salomão, RESp nº 912.926, p. 07/06/2011)

Na apelação n. 200651010233179, relatada pelo Desembargador Reis Friede, da sétima turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, publicada em 04/09/2012, a turma entendeu que, mesmo existindo as uniões estáveis

concomitantes, elas não podem ser reconhecidas pelo direito por força do princípio da monogamia, consoante consta da ementa do referido julgado:

ADMINISTRATIVO - MILITAR - PENSÃO - UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES 1. O cerne da questão envolve o pedido da Autora em obter a percepção da pensão por morte de seu suposto companheiro, o militar falecido, Sr. Osmar Santos Lima, tendo em vista seu óbito à data de 01/11/2006. 2. Primeiramente, afastamos as preliminares de inexistência de interesse de agir, de ocorrência de ausência de litisconsórcio passivo necessário e de sentença proferida de forma ilíquida. 3. Compulsando os autos, resta claro que o Sr. Osmar Santos Lima mantinha relação com duas mulheres, não sendo casado com nenhuma delas. O de cujos mantinha relação com a Autora, com a qual teve dois filhos, e, outra, com a Sra. Cacilda Pereira de Souza, com quem teve três filhos. 4. Porém, a Constituição prima pelo princípio da monogamia, estabelecendo a constituição de família e não de famílias, isto significando que a bigamia não é admitida, o que aconteceria em caso de reconhecimento de ambas as uniões estáveis. 5. O STJ consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato. 6. O fato é que a Sra. Cacilda já havia sido reconhecida como pensionista do de cujos administrativamente, não sendo viável a inclusão da Sr. Alair no rateio da pensão. 7. Verifica-se, assim, que, mesmo que a autora tenha mantido um relacionamento revestido de aspectos inerentes a uma união estável, a esta não pode ser equiparada, tendo em vista a impossibilidade da manutenção de uniões estáveis concomitantes, em face da busca pela preservação do princípio monogâmico na sociedade brasileira. 8. Conforme o exposto, com fundamento no art. 557 do CPC, DOU PROVIMENTO ao Recurso de Apelação e Remessa Necessária da União Federal, para julgar improcedente o pedido autoral. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Sétima Turma, Relator Desembargador Reis Friede, publicada em 04/09/2012)

Como pode ser notado, é reconhecida a existência das famílias poliafetivas no plano fático, entretanto nega-se valor jurídico a elas pelo simples fato de não se encaixarem nos valores éticos majoritários, a partir dos quais são interpretadas as normas.

Não foi levantado nenhum princípio constitucional que teria sido violado com o reconhecimento, tampouco foi abordado um prejuízo para alguma das partes, mas tão-somente o fato de essas uniões serem contrárias às regras morais impostas, majoritariamente compartilhadas.

A poliafetividade não é incompatível com os princípios norteadores do ordenamento jurídico, que preceitua a liberdade e a igualdade. Na verdade, pelas

premissas constitucionais, as famílias poliafetvas possuem o direito de serem reconhecidas e respeitadas como quaisquer outras.

Ocorre que não é o direito por seus próprios alicerces que fundamenta as decisões, é a moral cristã, programa da Religião, que neste caso, corrompe o Direito. Isso porque, a argumentação utilizada para definir as famílias multiafetivas como ilícitas não é coerente com o sistema do direito, mas sim com o sistema religioso, que prega a monogamia como o comportamento sacro, proveniente do divino, transcendente e, portanto, correto e bom.

Dessa forma, é a absorção dessa moral cristã pelo Direito que faz com que um mesmo discurso seja lido simultaneamente pelos códigos imanente/transcendente e lícito/ilícito e, por conseguinte, seja reproduzido dentro do sistema jurídico.

Além disso, a moral cristã também pode ser observada em outras argumentações jurídicas que abordam o mesmo assunto. A doutrina e a jurisprudência do STJ, construíram três orientações para tratar das uniões paralelas, isto é, no caso em que uma pessoa possui dois núcleos familiares distintos, ambos com *affectio familiares*.

Para a primeira orientação nenhuma das uniões concomitantes deve ser reconhecida como união estável, para a segunda poderia ser reconhecida a união estável quando a companheira ou o companheiro, estivesse de “*boa-fé*”, caracterizada pelo desconhecimento da outra relação concomitante, e neste caso, configurar-se-ia uma união estável putativa. Por fim, há o entendimento defendido neste trabalho, que é o reconhecimento de todas as relações que se entendem como família.

Para os defensores do primeiro posicionamento, a fidelidade e a lealdade são requisitos da união estável, sem os quais é impossível constituí-la. Nas palavras de Maria Helena Diniz:

(...) o fato de a mulher receber outro homem, ou outros homens, ou vice-versa, indica que entre os amantes não há união vinculatória nem, portanto, companheirismo, que pressupõe ligação estável e honesta. Impossível será a existência de duas sociedades de fato simultâneas, configuradas como união estável (...). Não havendo fidelidade, nem relação monogâmica, o relacionamento passará à condição de ‘amizade colorida’, sem o status de união estável (...).

Será, portanto, imprescindível a unicidade de 'amante', similarmente ao enlace matrimonial, pois, por ex., a união de um homem com duas ou mais mulheres faz desaparecer o '**valor**' de ambas ou de uma das relações, tornando difícil saber qual a lesada. (DINIZ, 2006, p. 374, 375)

A doutrinadora acredita que a *honestidade* pressupõe uma relação monogâmica e que quando um homem se une a mais de uma mulher, apenas duas opções são possíveis: ou uma das mulheres não possui valor ou nenhuma das duas.

Segundo o entendimento acima demonstrado, a mulher que sabe da existência de outra companheira e permanece no relacionamento não é digna de valor, não é uma “mulher de família”, mas no máximo de uma “amizade colorida”, assim não poderá ter uma família, para o direito. Esse entendimento também foi exposto no julgamento dos Embargos Infringentes nº 70011531829, TJRS, relatados pelo Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 10/06/2005, em que este posicionamento é utilizado:

UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO AMOROSA PARALELA. MANUTENÇÃO DO VÍNCULO FAMILIAR. Não há união estável, mas um prolongado relacionamento amoroso sem intenção de constituir família, quando homem casado mantém convívio clandestino sem que se desvincule do compromisso matrimonial, continuando a coabitar com a esposa e filhos. Sendo o sistema monogâmico, não é possível o reconhecimento simultâneo de duas entidades familiares, nem mesmo na forma putativa, quando a mulher se mantém ciente do estado civil do parceiro. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, julgado em 10/06/2005)

A poliafetividade fere de tal forma os *bons costumes*, que merece o repúdio da ordem jurídica brasileira, ao entendimento do Desembargador Rômulo Pizzolati, da quinta turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que assim expressou-se em decisão publicada no dia 17/12/2009, ocasião do julgamento da apelação nº 200671070003732, a seguir ementada:

PENSÃO POR MORTE. UNIÕES ESTÁVEIS PARALELAS. IMPOSSIBILIDADE. Reconhecida uma convivente como companheira do falecido segurado, em união estável, não é juridicamente possível reconhecer-se uma segunda companheira, para rateio da pensão por morte entre elas, visto que a ordem jurídica brasileira repudia a poligamia, devendo a última ser qualificada como concubina, sem direitos previdenciários. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº 200671070003732, p. 17/12/2009)

A repulsa sentida pelo direito provém de um código moral específico que tenta se impor, em detrimento de outros. A moral cristã preconiza o modelo de família monogâmica e repudia o amor fora desse padrão. Culpa, principalmente, a mulher pela traição vez que esta tem o dever de ser pura e casta. Porém, dentro do direito, todos são iguais e todos os modos de vida devem ser respeitados, então não faz sentido essa ojeriza do Direito para com um comportamento que não é ilícito, mas sim, divergente dos preceitos católicos. Ilustra bem essa confusão de códigos o seguinte trecho do livro de Carlos Roberto Gonçalves:

Edgard Moura Bittencourt transcreve a lição de Errazuriz: “A expressão concubinato, que em linguagem corrente é sinônima de união livre, à margem da lei e da moral, tem no campo jurídico mais amplo conteúdo. Para os efeitos legais, não apenas são concubinos os que mantêm vida marital sem serem casados, senão também os que contríram matrimônio não reconhecido legalmente (...). (GONÇALVES, 2012, p. 602)

O doutrinador faz coincidir algo que está *à margem da moral* com *à margem da lei*. Põe como *sinônimos* os termos, *união livre - concubinato – à margem da moral - à margem da lei*. Nesso ponto, sobressai o traço moralizador de seu raciocínio, pois uma união livre não é ilícita, não está *à margem da lei*. Todo o oposto, a liberdade é um dos fundamentos de nossa Lei Maior.

No mesmo sentido, a segunda orientação, adotada pela maior parte da doutrina e utilizada em diversos julgados, propõe uma espécie de aferição do dolo da companheira²², caso esta tenha conhecimento de que seu parceiro é casado ou tenha uma união anterior, diz-se que ela estava de má-fé e, portanto, não merece reconhecimento de sua união. Por outro lado, caso não soubesse do envolvimento de seu parceiro em relacionamento anterior, estaria de “boa fé” e poderia pleitear o reconhecimento de uma união estável putativa, por analogia às regras previstas de casamento putativo²³

Esse posicionamento, mais recente na jurisprudência, vêm sendo utilizado principalmente em casos que envolvem pensão por morte e ambas as mulheres eram economicamente dependentes do falecido. Encontra-se bem detalhado no julgado que

²² Utilizarei o termo companheira, pois em 100% dos julgados analisados no STJ que tratam de uniões concomitantes, são casos de um homem com mais de uma mulher.

²³ “Art. 1.561, § 1º CC/02: “Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão”. Portanto, subsistirão os direitos assegurados por lei ao companheiro de boa-fé, que também poderá pleitear indenização por danos morais.” BRASIL, Código Civil, 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm > Acesso em 20/11/2013

se segue, da terceira turma recursal do Juizado Especial Federal da 3ª Região, publicado em 29/06/2011, proveniente do Processo nº 00007913720064036305:

CLASSE: 1 - PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL AUTOR: DURVALINA FERREIRA ADVOGADO(A)/DEFENSOR(A) PÚBLICO(A): SP187249 - LUIZ CARLOS LUNARDI DAS NEVES RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - I.N.S.S. (PREVID) e outro ADVOGADO(A): SP999999 - SEM ADVOGADO DISTRIBUIÇÃO POR SORTEIO EM 10/05/2006 16:32:54 JUÍZA FEDERAL: ANITA VILLANI I - RELATÓRIO Trata-se de recurso de sentença interposto pela corré Setsuko, face à decisão que concedeu benefício de pensão por morte à parte autora, no percentual de 40%, em razão do óbito de seu marido, suposto companheiro da autora. Alega, em suma, que a parte autora não faz jus a tal benefício. É o breve relatório. II - VOTO Razão assiste à corré. Para efeito da concessão do benefício de pensão por morte, aqui pleiteado pela parte autora, são exigidos os seguintes requisitos legais, que devem estar presentes na data do óbito: 1) qualidade de segurado do de cujus; e 2) condição de dependente do beneficiário em relação ao segurado falecido. Com relação ao primeiro requisito, constata-se, pelos documentos anexados aos autos virtuais, que o falecido tinha a qualidade de segurado quando de seu óbito - a qual, por sinal, nunca foi negada pelo instituto-réu, que inclusive concedeu o benefício à esposa. O segundo requisito - a dependência do beneficiário - na hipótese de companheira é presumido pela lei, não havendo que ser verificado no caso concreto, no qual não foram apresentadas provas a derrubar tal presunção. Isto porque são dependentes dos segurados da Previdência aqueles arrolados no artigo 16, da Lei nº 8.213/91, in verbis: Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II - os pais; (...) § 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada. (grifo não original). Entretanto, há que ser verificado se a autora, sra. Durvalina, efetivamente era companheira do falecido, quando de sua morte. Em outras palavras, deve ser constatado, no caso em tela, se a autora Durvalina mantinha, de fato, união estável - ainda que putativa - com o sr. Massaru quando da morte dele. Sobre a união estável, importante ser ressaltado que resta ela configura pela convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil de 2002. Assim, os requisitos para que esteja configurada uma união estável são que a união seja pública (no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina), contínua (sem que haja interrupções, sem o famoso dar um tempo, que é tão comum no namoro) e duradoura, além do objetivo de os companheiros ou conviventes de estabelecerem uma verdadeira família (animus familiae). (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. Direito Civil. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008, vol. 5). Verifica-se, portanto, que a caracterização da união estável é feita por critérios subjetivos, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto para apontar sua efetiva existência ou não. Ainda, oportuno ser mencionado que, nos termos do §1º do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar

separada de fato ou judicialmente. Por fim, também oportuno ser mencionado que, nos termos do §2º do mesmo artigo 1.723, as causas suspensivas do artigo 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. Pelos documentos acostados aos presentes autos, e pelo teor dos depoimentos colhidos em juízo, verifico que a sra. Durvalnia não comprovou ser companheira do falecido sr. Massaru, na época do óbito dele. Não foram produzidas, nestes autos e na audiência realizada no dia 24/11/2006, provas que comprovem que a autora Durvalina vivia em verdadeira união estável com o sr. Massaru na época de sua morte. **Na verdade, as provas produzidas nestes autos demonstram que a autora tinha ciência de que o falecido - com quem mantinha relacionamento amoroso - era casado - e não separado, ainda que somente de fato. Assim, ainda que a autora tenha mantido relacionamento com o falecido durante anos, de forma pública, não tem ela direito a ser considerada como companheira, pois tinha conhecimento de que o Sr. Massaru era casado com a corré, nunca dela se separando, ainda de somente de fato. Importante ser ressaltado que não se está aqui negando que o falecido manteve um relacionamento longo, estável e até mesmo público com a autora. Está-se, tão somente, deixando de reconhecer que tal relacionamento caracterizou uma união estável, em razão da continuidade do casamento do falecido com a corré. Em outras palavras, não foram produzidas provas, nestes autos, que o relacionamento da autora com o falecido era algo além de um concubinato impuro - o qual não se equipara à união estável, e não é protegido, no âmbito previdenciário (não gerando, portanto, direito à pensão por morte). Saliento, por fim, que sequer como união estável putativa pode ser caracterizado o relacionamento da autora com o falecido Sr. Massaru, já que, ao que consta dos autos, tinha ela ciência da continuidade do casamento, como acima mencionado.** Assim, verifico que não há como se reconhecer a **união estável** entre a autora e o falecido sr. Massaru, na época de sua morte. Por conseguinte, forçoso é reconhecer que a autora não faz jus à concessão do benefício de pensão por morte. Nestes termos, dou provimento ao recurso da corré Setsuko, para reformar a sentença de primeiro grau, e julgar improcedente o pedido da inicial. É o voto. (BRASIL. Juizado Especial Federal da 3ª Região, terceira turma recursal, Juíza Federal Anitta Vilani, processo nº 00007913720064036305, p. 29/06/2011, grifos adotados)

Nessa análise, evidencia-se o caráter axiológico extraídos dos valores preconizados pela moral cristã. Examina-se um suposto dolo da mulher para puni-la pelo ato pecaminoso de desvirtuar o homem, o qual, apesar de ser o único que realmente pode ter sido infiel a outra pessoa, não possuirá pena alguma, ao revés, será premiado com a não responsabilização familiar para com a segunda família que constituiu.

O ato condenável pela moral cristã, reproduzida nas normas civis, é o da mulher, de se envolver com uma pessoa “comprometida”, ferindo a tão indigitada monogamia do bigamo.

Para o Direito, não faz sentido algum perquirir o conhecimento da mulher acerca de uma relação anterior, simplesmente porque o fato de ela saber que o homem possui outra pessoa não desnatura a possível qualidade familiar de seu relacionamento. Famílias não deixam de sê-lo por não serem exclusivas e únicas para todos os membros.

Completamente incompatível com o Sistema do Direito a referida interpretação, além de extremamente discriminatória e desigual com a mulher, ignora que todos/ as os/as envolvidos/as poderiam estar cientes das relações, compactuando com a situação.

E ainda que uma das mulheres não concordasse e vivesse em subordinação aos caprichos do companheiro, negar reconhecimento a algo que, de fato existe, não impede ou evita que a situação se perpetue e se reproduza. Quando o Direito cega-se para a realidade, ele não a modifica, não aproxima o ser do dever-ser, como argumentou o Ministro Luis Felipe Salomão, mas tão somente, permite que situações inequânimes aconteçam, à margem da Justiça.

A solução inventada pelos juízes para conferir contornos jurídicos à moral imposta, é nomear uma das relações concomitantes – arbitrariamente escolhida, concubinato, e tutelá-la como uma sociedade de fato, instituto do direito das obrigações que define uma entidade com fins exclusivamente econômicos. Assim, evitar-se-ia o enriquecimento ilícito do homem que constuiu seu patrimônio com duas mulheres. Esse tema foi objeto do enunciado da Súmula nº 380 do STF, publicada em 03/04/1964, com o seguinte teor: “*Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Enunciado nº 380 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277)

Consoante se verifica, tão forte é o traço moralista com que se trata a questão, que a solução proposta foi a de criar algo que não existe, ou seja, implementar uma mentira jurídica – pois os companheiros não se juntaram para formar uma sociedade com fins econômicos. A jurisprudência e a doutrina preferem entender dessa forma a aceitar a realidade e respeitar as diferenças, reconhecendo que

o que esses relacionamentos, em verdade, consistem são uniões estáveis, pois os indivíduos ligaram-se como casais e construíram sua vida como uma família.

Não bastasse, como em regra o patrimônio fica em nome e aos cuidados do homem, essa solução onera a mulher com o encargo de provar que contribuiu de forma efetiva e com aporte financeiro para o acréscimo patrimonial eventualmente ocorrido. Se não houve aquisição de bens, nada cabe a mulher, nem alimentos, nem direito sucessório algum. O provável pacto de cuidado material e o vínculo de dependência financeira que se constituiu não recebe valor pelo simples fato de ter sido constituído fora da esfera monogâmica. Dessa maneira sim, que permite-se seja quebrada a fidelidade, a confiança e a boa fé, com o consentimento da Justiça.

Concretiza-se assim, o programa da moral cristã no Sistema do Direito. O relacionamento desaparece, invisível ao Direito. Relega-se à mulher a sua condição de *concubina*, adjetivo sem valor e dignidade familiar. Beneficia-se o homem, bígamo, único responsável pela possível quebra de fidelidade e lealdade que, por manter dois vínculos afetivos simultâneos, livra-se ileso de um deles. Se a intenção dos julgadores era desestimular o comportamento infiel, não poderiam tê-lo protegido melhor.

Evidentemente discriminatória, essa interpretação não se coaduna com a proteção constitucional à família, à igualdade e à dignidade da pessoa humana. Claramente, ela não foi puramente produzida dentro do sistema do Direito. Essas incongruências e incompatibilidades demonstradas denotam a presença de um discurso que é alheio ao Direito, mas sintonizando com seu código, é capaz de provocar-lhe perturbações.

A argumentação apresentada só possui coerência dentro do sistema religioso, em que se prega um determinado comportamento para aproximação com o transcendente, e por conseguinte, com deus.

Além disso, no caso de um casamento concomitante a uma união estável, a união estável será necessariamente tratada como concubinato. Contudo, na hipótese de duas uniões estáveis, o critério utilizado para definir qual das duas uniões é a legítima é o cronológico, vez que nessa modalidade de união não há necessidade de

registro civil. Assim, a companheira que tiver iniciado sua relação primeiro fará *jus* ao reconhecimento de sua família.

Nesse ponto, mais um desajuste é observado, o tempo da relação não é parâmetro para definir a existência ou a qualidade de uma união. Segundo a legislação que tutela a matéria, a Lei nº 9.278 de 1996, editada para regular o § 3º do artigo 226 da Constituição, não há um tempo mínimo necessário para a configuração da união estável. Portanto, esse critério temporal utilizado pela jurisprudência contradiz com a própria normatização do direito de família.

Dessa forma, evidencia-se que o tratamento dado às uniões poliafetivas possui traços da moral cristã, incompatível com a diferenciação funcional do Sistema do Direito.

Na Modernidade, não há espaço para a imposição de valores universais, sobretudo no Sistema do Direito. A corrupção do Direito pela Religião constitui um retrocesso à diferenciação funcional e, por conseguinte, à evolução social, ao entendimento de Luhmann.

A colonização da religião pelo Direito, afronta o princípio da laicidade do Estado, colocando em risco, a própria Democracia. Sendo assim, imperiosa a necessidade de revisão dos entendimentos expostos.

Por fim, a última orientação encontrada na jurisprudência, que recebe guarida principalmente em matéria previdenciária, é a encabeçada pela Desembargadora Maria Berenice Dias, que afirma que devem ser reconhecidas as uniões estáveis, quando presentes seus requisitos, ainda que em multiplicidade de número. Pelas palavras da autora:

(...) a manutenção de vínculos paralelos não impede o seu reconhecimento (...). Logo, se um companheiro não tem o dever de ser fiel ao outro, a manutenção de mais de uma união não desfigura nenhuma delas"

(...)

Os concubinatos chamados de adulterino, impuro, impróprio, espúrio, de má-fé, concubinação, etc., são alvo do repúdio social. Nem por isso deixam de existir em larga escala. A repulsa aos vínculos afetivos concomitantes não os faz desaparecer, e a invisibilidade a que são condenados pela Justiça só privilegia o

`bígamo`. Situações de fato existem que justificam considerar que alguém possua duas famílias constituídas. São relações de afeto, apesar de consideradas adulterinas, e podem gerar consequências jurídicas. Presentes os requisitos legais, é mister reconhecer que configuram união estável, sob pena de se cancelar o enriquecimento injustificado, dando uma resposta que afronta a ética.

(...) para a configuração da união estável basta identificar os pressupostos da lei, entre os quais não se encontra nem o direito a exclusividade e nem o dever de fidelidade. Assim, imperioso que se cumpra a lei, que se reconheça a união estável quando presentes os requisitos legais a sua identificação, ainda que se constate a multiplicidade de relacionamentos concomitantes. (DIAS, 2013 a)

A solução da Desembargadora percorre uma análise profunda da situação fática. Diferentemente dos entendimentos anteriores, é possível perceber que neste examina-se o modo como as pessoas vivem e as responsabilidades e os pactos que realmente assumiram. Ela não trata da fidelidade e da lealdade em abstrato e o *que* deveriam significar para as pessoas envolvidas, mas analisa *como* essas pessoas convivem com esses valores e extrai do que foi cativado na relação a responsabilidade correspondente.

Com uma imersão real na situação é que é possível perceber que a interpretação estritamente legalista, a qual nega peremptoriamente a possibilidade de existência de dois núcleos familiares simultâneos, não é equitativa. Não trata todos os envolvidos como pessoas merecedoras de igual consideração e respeito, mas pondera o respeito de acordo com um julgamento moral das atitudes.

Para a jurisprudência, a concubina não é igual a companheira. Tão somente pelo fato de a primeira afrontar a monogamia, ela não faz jus aos mesmos direitos. Nota-se que o princípio da monogamia é sobreposto aos princípios da igualdade e da liberdade e da laicidade - e a Região, sobreposta ao Direito.

IV. A análise constitucional e principiológica

A questão principiológica posta ao final do capítulo anterior suscita a discussão sobre o viés constitucional, assim analisar-se-á a constitucionalidade do princípio da monogamia.

A obrigatoriedade da monogamia não está expressa na Constituição Federal e tampouco na legislação ordinária, mas em diversos artigos que implicitamente pressupõem essa característica, como, por exemplo, o artigo 235 do Código Penal que tipifica a bigamia e os artigos 550; 1.521, VI; 1548, II; 1572; 1573, I; 1723, § 1º e 1.727 todos do Código Civil.

Nesse sentido, para justificar a marginalização das famílias poliafetivas, invoca-se o princípio da monogamia, que estrutura a legislação infraconstitucional.

Em decorrência disso, é necessária a análise constitucional, e não apenas legal, como vem sendo feito pelo Poder Judiciário brasileiro, pois o exame feito pelo STJ, responsável por uniformizar a interpretação das normas federais, necessita antes de um posicionamento sólido quanto ao cabimento dessas normas à Constituição.

A maior parte dos casos analisados não chegou ao Supremo Tribunal Federal, mas este Tribunal já apreciou a matéria e entendeu que em casos de uniões paralelas, uma mulher seria companheira legítima e a outra, concubina, a qual, como dito anteriormente, teria sua relação degradada ao campo obrigacional, a teor do enunciado da Súmula 380/STF. A solução foi considerar como patrimonial uma relação indiscutivelmente estabelecida pelo afeto, o que viola a dignidade humana, a vida privada e a intimidade, direitos personalíssimos, indisponíveis, intrasmissíveis e inegociáveis, vez que não passíveis de avaliação em termos monetários.

No sítio eletrônico do STF, encontram-se 23 acórdãos com a indexação “Companheira e Concubina” que, direta ou indiretamente, tratam da questão das uniões estáveis paralelas. No entanto, nenhum deles teve repercussão geral reconhecida. O mais recente dos casos, é o Recurso Extraordinário nº 590.779/ES, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, julgado em 10/02/2009, que conta com a seguinte ementa:

COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à União Estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 590.779/ES, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, julgado em 10/02/2009.)

Da leitura da ementa já se nota o caráter pejorativo com que se trata a concubina, e conseqüentemente, as uniões simultâneas. Encaram como se a família devesse ser protegida do mal da concubina, figura ilegítima e repudiada pelo ordenamento. O dispositivo constitucional de onde se tira essa interpretação é o § 3º do artigo 226, o qual é usado no voto pelo relator que menciona que esse artigo tem “como objetivo maior da proteção ao casamento”, ignorando a família. No acórdão, os Ministros assim expressam suas convicções:

A SENHORA MINISTRA CARMEM LUCIA – Senhor Presidente, acompanho integralmente o voto do Ministro-Relator pela singela circunstância de que, como ele disse de forma douta e erudita, se há outra mulher, não há como estabilizar a relação. Outra mulher é sempre um fator de instabilidade

O SENHOR MINISTRO MARCO AURELIO (RELATORIO) – É impiedoso. Ela, que já teve de dividir o marido, teria de dividir também a pensão!

O EXCELENTÍSSIMO MINISTRO MENEZES DIREITO: Seria até o absurdo de se reconhecer múltiplas uniões estáveis. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 590.779/ES, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, julgado em 10/02/2009.)

Observa-se que eles entendem que o direito “apieda-se” da primeira mulher e desconsidera por completo a dignidade da segunda que, no caso, manteve união estável com o falecido por mais de trinta anos, o qual sempre dividiu seus bens entre as duas famílias. Após sua morte, entretanto, a justiça ignora o vínculo de dependência econômica estabelecido com a segunda mulher para compensar a primeira de ter dividido seu marido. Não mencionam o fato de que a segunda mulher também dividiu o homem, e decidem que esta ficará desamparada pelo fato de ser *amante*.

Além disso, pressupõem que uniões múltiplas sempre são instáveis, o que constitui um juízo normativo e preconceituoso, não fundado nos fatos. O falecido

manteve as duas uniões por mais de trinta anos e teve filhos com ambas as mulheres, empreendeu dois núcleos familiares com publicidade, durabilidade e estabilizados no tempo - não há indícios de instabilidade fática nas relações. Ocorre que os Ministros recursaram-se a admitir que a segunda união também constituiu uma família, sob o pretexto da obrigatoriedade da monogamia, estabelecendo uma decisão valorativa que intervém na vida privada dos envolvidos da forma mais perniciosa, negando direitos subjetivos fundamentais.

Como é possível notar, o império da monogamia é tão importante para o direito brasileiro, que se sobrepõe à dignidade das famílias que não estão sob seu manto, na tentativa impossível de extirpá-las da sociedade. Como bem comenta a Maria Berenice Dias:

A realidade social ao longo da história insiste em contrariar a determinação legal, de sorte que relações paralelas, duráveis, sempre ocorreram e continuam existindo (...) Sob o fundamento de que o sistema monogâmico é a forma eleita pelo Estado para a estruturação da família, a ponto de a bigamia figurar como delito sujeito a sanções penais, tende a jurisprudência não aceitar que mais de um relacionamento logre inserção no mundo jurídico. Ao menos há enorme resistência em identificar ambos os vínculos no contexto do Direito de Família e emprestar-lhes as benesses que este ramo do direito outorga. A intervenção do estado no âmbito da família, porém, deve se dar apenas no sentido de proteção, nos precisos termos da Constituição Federal, não em uma perspectiva de exclusão. Conforme Carlos Cavalcanti de Albuquerque Neto,^{1[5]} não cabe ao Estado predeterminar qual a entidade familiar que se pode constituir, mas apenas, declarar a sua formação, outorgando-lhe a proteção social, por considerá-la base da sociedade. (DIAS, 2013 b)

Nesse diapasão, o papel da Corte constitucional é o de garantir as liberdades individuais, ainda que em caráter contramajoritário. Muitas decisões, algumas aqui expostas²⁴, invocam o princípio da monogamia para marginalizar uma das uniões paralelas concomitantes. Dessa forma, cabe a uma análise constitucional, inicialmente, perquirir a gênese desse princípio.

Em primeiro lugar, nota-se que é extremamente impreciso o uso do termo “princípio” para representar o significado da monogamia no ordenamento jurídico. Princípios são normas deontológicas, direitos com força de norma que expressam um *dever ser* universalizável, são derivados de um enunciado abstrato, fundado na lógica do pluralismo, que preconiza a igualdade e a liberdade, em detrimento dos valores morais axiológicos. A monogamia, como demonstrado, é um valor cultural

²⁴ Recurso Especial nº 1157273, terceira turma, STJ e Apelação 2006.510.102.331-79, sétima turma, TRF2, p. 04/09/2012.

majoritário, um fato do mundo, não podendo, assim, ser imposta como uma norma no caso concreto, sob pena de restar subvertido o sistema jurídico que admite a pluralidade. Nas palavras de Fábio Portela de Almeida:

Deve-se lembrar, em primeiro lugar, de algo que os lógicos têm insistido desde Hume: princípios deontológicos não podem derivar sua validade ou sua aplicabilidade de condições fáticas, sob pena de incorrer na falácia naturalista. É precisamente por isso que Kelsen insiste tanto na distinção entre ser e dever ser: uma ordem jurídica não pode ser fundada em um fato do mundo (KELSEN, 2000, p. 221-222). (DE ALMEIDA, 2008)

Admitir que a monogamia, um valor axiológico, seja concebida como um princípio - norma deontológica, constitui uma incongruência lógica, pois uma situação fática não é algo que pode ser derivado do plano do *dever-ser*.

O emprego desse argumento axiológico faz com que direitos subjetivos e valores comunitários concorram no nível da aplicação do direito ao caso concreto, o que gera arbitrariedade e insegurança jurídica. O risco de interpretar valores axiológicos como princípios é desvirtuar a aplicação dos princípios, de forma a ponderá-los de acordo com uma concepção utilitarista e arbitrária. Direitos não são ponderáveis com outros bens jurídicos. Princípios diferenciam-se dos valores justamente por estabelecerem um vínculo de obrigatoriedade, determinam o que é devido e, portanto, não admitem ponderação ou aplicação gradual. Diferentemente dos valores, que permitem um juízo de preferência ou de conveniência, os princípios não podem ser mitigados em graus de otimização. (DE ALMEIDA, 2008)

Dessa forma, não é possível admitir que a monogamia seja mitigada junto a outros princípios constitucionais, pois a monogamia sequer é um princípio do ordenamento, trata-se de um valor comunitário, não devendo ser imposta aos indivíduos no caso concreto.

Desconsiderar a possibilidade de os indivíduos buscarem e concretizarem seus projetos de felicidade, em nome da obediência a um valor moral majoritário, subverte a lógica de uma sociedade plural, que possui como elemento de união, a garantia do respeito à diferença e à igualdade - sem ponderações de grau.

Esse é o pressuposto de uma comunidade de princípios, dentro da qual o Estado possui legitimidade para tomar decisões na medida em que seus membros

adquirem confiança institucional a partir da premissa de que são governados por princípios comuns e não apenas por decisões políticas. Nas palavras do professor Ronald Dworkin:

O terceiro modelo de comunidade é o modelo do princípio. Concorde com o modelo das regras que a comunidade política exige uma compreensão compartilhada, mas assume um ponto de vista mais generoso e abrangente da natureza de tal compreensão. Insiste que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político. (DWORKIN, 2008, p. 254)

Em uma sociedade composta pela diversidade de valores e pela ausência de uma unidade moral, a forma de garantir legitimidade à coerção estatal é garantir que o Estado seja guiado por princípios que permitam que todos os indivíduos sejam igualmente respeitados em suas diferenças e tenham a liberdade de buscar seus projetos de felicidade, em concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Esses princípios estabilizam as expectativas e conferem segurança aos indivíduos que convivem em uma comunidade heterogênea, pois garantem que cada um poderá fazer suas escolhas livremente e ser respeitado por elas, com o dever de respeitar as convicções dos outros, ainda que sejam incompatíveis com as próprias. Os membros dessa comunidade ligam-se pelo direito de serem iguais com o dever de respeitar todas as diferenças. Esses elementos permitem a integridade da comunidade política, nas palavras de Dworkin:

Sua base racional tende para a igualdade no sentido que requer a quarta condição: sua exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa. Uma associação de princípios não é, automaticamente, uma comunidade justa; sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações, do mesmo modo que em qualquer comunidade associativa verdadeira, como vimos há pouco. Mas o modelo dos princípios satisfaz as condições da verdadeira comunidade possível para as pessoas que divergem sobre a justiça e a equidade a serem adotadas. (DWORKIN, 2008, p. 264)

Nessa linha de raciocínio, o autor adiciona a necessidade de a integridade fazer parte de uma comunidade de princípios, pois ela confere legitimidade às decisões políticas em sociedades plurais, onde não existe um consenso sobre o que é bom e o que é justo.

Na atividade jurisdicional, atuar em consonância com a integridade pressupõe que a aplicação das normas seja consecutória dos princípios fundamentais do Estado e congruente com as razões que guiaram os precedentes, formando uma história de julgamentos íntegra e coerente. Nesse caso, ser coerente não significa apenas seguir a jurisprudência, mas seguir *a ratio decidendi*²⁵ dos casos, os princípios que guiam a atuação jurisdicional. Segundo a lição do referido autor:

A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo. (DWORKIN, 2008, p.264)

A integridade detém seu olhar sobre os princípios norteadores, de onde advém o elemento integrador da comunidade. No direito, a integridade requer uma coerência institucional nas decisões, Dworkin faz uma analogia à produção de um romance em cadeia. Cada juiz, antes de julgar o caso que lhe foi entregue, deve observar a narrativa que foi escrita, por meio dos casos anteriores, de forma a escrever com coerência. Conforme afirmou o autor:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. (DWORKIN, 2008, p. 291)

No caso das uniões poliafetivas, as decisões que lhes negam reconhecimento não são coerentes com os princípios basilares de uma sociedade plural que se legitima enquanto unidade pelas garantias fundamentais, do respeito à diferença e à igualdade na diversidade.

O limite à liberdade individual é o desrespeito à dignidade da pessoa humana, tão somente a ameaça de violação de direitos individuais é que fundamenta a restrição das vontades de uma pessoa. Nesse sentido, ausente um desrespeito concreto a um indivíduo, não cabe ao Estado limitar as formas de amar.

²⁵ Segundo McCormick, *Ratio Decidendi* “é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir sobre uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso” (MacCormick, 2008, p. 203)

Reconhecer famílias que, de fato existem, não desrespeita nenhum dos envolvidos. No caso das uniões poliamoristas, em que há um único núcleo afetivo compartilhado, isso é mais evidente. Já no caso de uniões concomitantes, pode-se argumentar que uma das envolvidas é desrespeitada pela infidelidade. De fato, a traição amorosa pode ser origem de muito sofrimento e os danos morais advindos dela até geram discussão em juízo, entretanto nem traição e tampouco qualquer elemento interno à privacidade, intangíveis aos poderes do Estado, interferem no reconhecimento jurídico dos fatos. Ignorar a existência jurídica da outra relação amorosa não reconstitui a fidelidade que eventualmente foi quebrada, mas viola a dignidade de uma mulher que, tratada por concubina, não tem o direito de possuir uma família, pelo simples fato de o seu companheiro ter traído outra pessoa.

Eventual quebra de um pacto de fidelidade entre os companheiros não importa para a constituição de outra família. O fato de um indivíduo ter duas famílias não desconstitui a natureza familiar de nenhuma delas. Não há sentido lógico em vincular a fidelidade de uma relação com a existência de outra. Não é razoável que as promessas mantidas dentro de uma relação amorosa surtam efeitos jurídicos em outra, os indivíduos são livres para definir como querem amar e como querem constituir suas famílias, ao Estado, cabe apenas protegê-las.

Não é papel do Estado discriminar núcleos com afeto familiar, por não seguirem uma orientação moral majoritária, a Constituição impõe a proteção de todas as famílias, vedando quaisquer tipos de discriminações. Assim, os precedentes do STF que tratam do tema não são compatíveis com os princípios fundamentais da Constituição. Não obstante, há outro julgado que trata do direito de família, cuja interpretação afirma os direitos fundamentais da pessoa humana. Trata-se do caso paradigma das uniões homoafetivas, a ADPF nº 132, que teve repercussão geral reconhecida a fim de formar parâmetros para julgamento de casos semelhantes. Nessa oportunidade, os ministros afirmaram que a Constituição Federal garante o direito subjetivo à constituição familiar imprimindo um conceito aberto ao substantivo família, como pode ser notado pelo trecho da ementa abaixo colacionada:

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E

PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5o). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. **Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência**, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132 – RJ, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011.) (grifos aditados)

Nota-se que a interpretação dada reafirma as liberdades individuais de constiuição familiar, centrando no *animus* a formação familiar. Cuida-se de um entendimento de que a Constituição aceita a diversidade sócio-cultural da sociedade e veda discriminações, principalmente quando se trata de algo que o texto constitucional se propôs expressamente a proteger, como argumentou o Ministro Ayres Britto no voto da referida ADPF:

E assim é que, mais uma vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que **a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser**. Assim como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados, maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente ou *interna corporis*, os beneficiários imediatos dessa multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. **Incluído nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e dos idosos. Também eles, crianças,**

adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa vida em comunhão que é, por natureza, a família.(...)

Assim interpretando por forma **não-reducionista** o conceito de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou *homofóbico*. Quando o certo – data vênha de opinião divergente – é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos que precedentemente verbalizamos, **agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade.**²⁶ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132 – RJ, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011.) (grifos do autor)

O Ministro ressalta que a decisão não-reducionista, aquela que alberga todos os tipos de família sem qualquer discriminação, é que garante coerência à Constituição. Nessa linha, deve-se garantir que todas as famílias, sejam heteroafetivas, homoafetivas, sócioafetivas ou monoparentais recebam igual proteção do Estado sem distinção de valor, independentemente de terem sido originadas por casamento ou união estável. É esse o posicionamento que se extrai, do voto do Ministro Ayres Britto, ao interpretar o § 4º do artigo 226²⁷ de forma a incluir as famílias monoparentais no âmbito de proteção do Estado, conforme pode ser notado:

II – salto para o §4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma “comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. É o que a doutrina entende por “família monoparental”, sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviudar e manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua família à condição de “entidade familiar”; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o status de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória “entidade familiar”, porque sua antiga família morreria com seu antigo marido. Baixaria ao túmulo com ele. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa, pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132 – RJ, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011.)

²⁷ § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. BRASIL, Constituição (1988). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 20/11/2013

Como se observa, as razões postas neste *leading case* também fundamentam a abertura do conceito de família para abrigar as famílias poliafetivas, sejam poliamoristas ou paralelas, pois a base desse julgamento é que a definição de família, ontologicamente, é tão somente o amor familiar, a afeição comum em forma do laço comunitário mais forte entre os indivíduos. Resume bem os fundamentos da decisão o seguinte trecho do voto do Ministro Luiz Fux:

Tem-se, pois, que a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4.o do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, **a Constituição de 1988 consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.**

Dessa forma, o conceito constitucional pós-1988 de família despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinhamento de direitos fundamentais.

O que, então, caracteriza, do ponto de vista ontológico, uma família? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não.

O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 132 – RJ, Relator Ministro Ayres Britto, j. 05/05/2011.) (grifos do autor)

De acordo com os requisitos apresentados pelo Ministro, as famílias poliafetivas também merecem reconhecimento constitucional, pois o fato de serem formadas por uma união com mais de duas pessoas não descaracteriza o amor familiar, a comunhão e a identidade de seus integrantes quanto à existência do vínculo familiar.

Então, pelo mesmo raciocínio em que a isonomia fundamentou a equiparação dos direitos das famílias heteroafetivas às homoafetivas e abrigou as famílias monoparentais, ela também exige que os direitos das famílias poliafetivas sejam reconhecidos. Essa interpretação é que confere integridade e, por consequência, legitimidade ao Direito, virtudes caras e imprescindíveis a uma comunidade de princípios.

Por meio da ADPF nº 132, a Corte Constitucional escreveu um importante capítulo na história do direito de família e, sobretudo, na história do reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana. Em uma sociedade multicultural, plural e hipercomplexa, uma interpretação coerente com sua Constituição não pode permitir a imposição de valores, ainda que majoritários. A família, âmago primário de sociabilização dos indivíduos, deve receber especial proteção contra discriminações estabelecidas por conceitos arbitrários, para autodeterminar-se pelo amor familiar e pela identidade enquanto tal, requisitos suficientes para caracterizar qualquer família.

De acordo com o que foi estabelecido na ADPF nº 132, a regra monogâmica não pode ser usada para negar reconhecimento às famílias poliafetivas em respeito aos princípios precípuos da liberdade e da igualdade, consectários do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, em observância à integridade do direito brasileiro, conclui-se que o reconhecimento das uniões poliafetivas é, não apenas coerente com a Constituição, mas é a única interpretação que respeita sua força normativa.

V. Conclusão

O Ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, concebe a família por um conceito ontologicamente fechado, o qual exclui as famílias poliafetivas. A legislação infraconstitucional de família parte do pressuposto de que duas uniões afetivas não podem coexistir com um companheiro em comum e, em decorrência disso, uma das famílias é negada. A legislação também não admite que uma união seja composta por mais de duas pessoas, e põe à margem do direito de família as uniões com esse formato.

Nos julgamentos dos casos das uniões poliafetivas, nota-se que a monogamia é entendida como pressuposto natural para a existência de uma família. Os julgadores entendem que a pluralidade de parceiros obsta a constituição de um relacionamento sólido com *animus* familiar. Também afirmam que a pluralidade familiar para um mesmo indivíduo, impede a estabilidade de um dos vínculos.

Entretanto, essas premissas não se sustentam. Os arranjos familiares são diversos ao longo do tempo e do espaço, verifica-se que a forma de organização familiar é um dado cultural, mutável e subjetivo. Nas pesquisas antropológicas de Levi-Strauss, levadas a cabo na obra *Estruturas Elementares do Parentesco*, ele nota que o único traço social comum a todas as famílias por ele estudadas é a proibição do incesto. (STRAUSS, 1976, Cap. 2)

Não obstante seja universal, sequer esse comportamento pode ser admitido como *natural ou instintivo*, visto que não é possível depreender dele uma vantagem genética. Os cruzamentos consanguíneos que podem gerar descendentes mais frágeis para a geração seguinte, em nada influem na fragilidade do povo, pois se dispersam com os cruzamentos seguintes. (STRAUSS, 1976, Cap. 2)

Strauss observa que, em todos os povos *primitivos*²⁸ que pesquisou, o casamento constituía um mecanismo de troca, de aquisição de vínculos para a fortificação das famílias e dos clãs. Trata-se assim, de uma estrutura política básica, com o objetivo de perpetuar a sobrevivência do povo. (STRAUSS, 1976, Cap. 2)

²⁸ O termo primitivo é aqui utilizado como uma sociedade com baixo grau de diferenciação funcional, com organização social homogênea.

A partir disso, diversas formas de organização familiar são relatadas. Há clãs que impedem o matrimônio com indivíduos externos, outros em que a estrutura de vínculos matrimoniais já é posta e predeterminada. Há diversas sociedades poligâmicas, inclusive, como referido no primeiro capítulo, em pesquisa publicada em 1954, George Murdock, relatou que 80% das sociedades estudadas permitiam a poligamia. (GIDDENS *apud* MURDOCK, 2005, p. 149)

Nota-se, assim, que o conceito de família é relativo a cada cultura e pode variar ao longo do tempo. Philippe Áries traz exames sobre a história da família na cultura ocidental e nota a variação de sua organização, em diferentes momentos. Além disso, o Documentário Poliamor, mostrou que a concepção de amor e de família é subjetiva e varia, dentro de uma mesma sociedade, para cada indivíduo.

Sendo assim, o fechamento do conceito de família a um modelo específico é arbitrário e viola o direito à diferença, à liberdade e à igualdade, princípios precípuos da Constituição de 1988.

E não é por retórica que a Constituição preconiza esses direitos. A Sociedade Moderna é marcada pela pluralidade, pela diversidade de concepções de vida. Como observa Habermas, na Modernidade não há uma verdade universal e incontestável capaz de conferir um sentido único à vida das pessoas. (HABERMAS, 2000, Cap.1)

O processo de racionalização da sociedade autonomizou as esferas axiológicas e relativizou os valores morais, de forma que não há uma concepção de mundo universal que possa ser legitimamente imposta às pessoas. Em decorrência disso, cada indivíduo tem o direito de buscar sua própria forma de viver, de acordo com suas visões particulares.

Dessa forma, não é possível a imposição de um conceito unívoco de relacionamento amoroso e de família. Para que a Constituição possua legitimidade em uma sociedade com essas características, ela não pode assumir valores como princípios, mas deve ser regida unicamente por esses últimos.

Não obstante, vigora no Direito brasileiro a utilização de um conceito fechado de família que obsta a poliafetividade. A jurisprudência recorre ao primado

da monogamia para sustentar a discriminação das uniões poliafetivas, apesar de essa interpretação não ser coerente com os pilares da Carta da República. Dessa perspectiva, conclui-se que, se a imposição da monogamia não é consentânea com o Ordenamento jurídico, assim, outro fator, alheio ao Direito, tem sustentado esse arbítrio.

Por meio das análises sociológicas de Luhmann, observa-se que o Sistema do Direito está reproduzindo ruídos que lhe são externos, isto é, nota-se a presença de um discurso sendo reproduzido dentro do direito, que não parte de suas bases de fundamento, vez que incompatível com a Constituição.

Esse fenômeno ocorre quando o ambiente exerce pressão no Sistema, que não pode compreender a comunicação externa, a não ser por sua própria linguagem, a qual no caso do Direito, opera pelo código lícito/ ilícito. A perturbação acontece pela presença de um ruído operando na *frequência* lícito/ ilícito. (Cf. LUHMANN, 2013, cap. 9)

Pelas características axiológicas desse ruído, nota-se que se trata de valores morais que funcionam pela linguagem bom/ruim, sendo convertidos em lícito/ilícito. Essa sintonização da linguagem moral com a linguagem do Direito decorre de um programa do sistema da religião, o qual tem a função de universalizar sua comunicação interna para os outros sistemas, inclusive para o Sistema do Direito.

Como dito, a religião, operando pelo código imanente/transcendente, prescreve condutas para atingir o transcendente e, conseqüentemente, aproximar os indivíduos de deus. A religião possui esse programa, pois entende que sua comunicação deve estruturar toda a sociedade e, por isso, deve ser propagada. (Cf. LUHMANN, 2013, cap. 9)

Dessa forma, constatou-se a presença de uma moral religiosa cristã, na jurisprudência que trata do tema das famílias poliafetivas. A solução dada pelo STF, por meio do enunciado da Súmula nº 380, de não reconhecer como família a segunda união e tutelá-la como sociedade de fato, representa uma incongruência do sistema do Direito, pois esta modalidade de sociedade constitui-se por um vínculo econômico obrigacional, não por um vínculo afetivo, como acontece nos casos expostos.

Essa situação mostra que a base para o posicionamento exposto não foi o Ordenamento jurídico, mas a moral cristã, que rejeita a poligamia. Dessa forma, demonstrou-se o desrespeito a laicidade do Estado brasileiro. Além disso, esse entendimento perpetra a discriminação da segunda mulher, ao negar-lhe direitos fundamentais. Ademais, premia o bígamo, com a não divisão do patrimônio constituído em conjunto pelo casal.

Conclui-se, assim, que o princípio da monogamia foi sobreposto aos princípios da liberdade, da igualdade e da laicidade. Passou-se, então, à análise constitucional e principiológica da tutela das famílias poliafetivas.

De início, constata-se que a monogamia não é um princípio constitucional, pois trata-se de um valor, de um fato do mundo de origem axiológica. Os princípios são mandados de otimização derivados do plano do *dever-ser*, possuem caráter deontológicos.

Os valores podem ser ponderados, os princípios não, estes são aplicados inteiramente, sem mitigação de graus, pois são obrigatórios. Essa confusão entre valores e princípios é extremamente perniciosa, na medida em que legitima a imposição de valores majoritários às minorias (DE ALMEIDA, 2008). A Constituição é formada por princípios, não por valores comunitários. Sendo assim, a monogamia não pode ser ponderada junto a liberdade e a igualdade, a interpretação que o faz é inconstitucional.

Uma comunidade de princípios funda sua legitimidade no respeito à diferença, na garantia de que as pessoas possam exercer sua liberdade como bem lhes houver e serem igualmente respeitadas por suas escolhas.

Em um Estado composto pela diversidade e pela ausência de uma concepção universal fundadora, sua legitimidade para exercer sua força coercitiva decorre da garantia à igualdade e à liberdade, princípios concretizadores da dignidade da pessoa humana.

Ademais, a legitimidade de uma comunidade de princípios depende da coerência das atividades estatais e decisões judiciais, que devem estar em consonância com os princípios que regem a Constituição.

Dworkin afirma que uma comunidade de princípios deve levar a cabo a integridade em sua atividade judicial, o que significa que as decisões judiciais devem ser coerentes com os princípios constitucionais e com os precedentes da Corte. Dessa forma, os juízes, ao julgar um caso, devem conceber sua decisão como um capítulo de uma narrativa que deve ser coerente. (DWORKIN, 2008, Cap. 8)

A partir desses pressupostos, buscou-se um julgamento que tratasse de família que fosse balizado pelos princípios constitucionais preconizados pelo Estado brasileiro. Nenhum julgado do STF sobre as famílias poliafetivas preencheu esse requisito. Os precedentes pressupunham que a Constituição protegia a família que se assemelhasse à constituída pelo modelo matrimonial, e concebiam a monogamia como princípio sobrepondo-a a dignidade da pessoa humana. Em verdade, o tema nunca foi analisado profundamente pelo STF, sequer foi reconhecida repercussão geral a algum dos julgados, embora sejam fartos os casos nas instâncias inferiores.

Então, verificou-se que o recente julgamento da ADPF nº 132, que tratou das uniões homoafetivas, abordou profundamente o cerne da questão do reconhecimento das famílias poliafetivas: o conceito de família admitido pela Constituição.

Nessa ocasião, os ministros definiram que o único requisito para a constituição de uma família é a existência do afeto familiar. Entenderam que a proteção constitucional à família abrigava todas as entidades familiares que se entendiam como família e que nenhum fator de *discrímen* é constitucionalmente legítimo para negar-lhes reconhecimento. Logo, a regra monogâmica ou quaisquer outros imperativos axiológicos não são legítimos para negar reconhecimento às famílias poliafetivas.

Além disso, entenderam que os dispositivos que definiam que a união estável era composta pelo homem e pela mulher o faziam de maneira exemplificativa, de forma que não pode ser admitido um fechamento de gênero ou de número para a composição de uma união estável.

Nota-se que, embora o julgado não trate diretamente das famílias poliafetivas, a *ratio decidendi* é a mesma. Assim, da mesma forma que a isonomia e a liberdade fundamentaram a equiparação dos direitos das famílias homoafetivas às

famílias heteroafetivas, tal princípio também fundamenta o reconhecimento das famílias poliafetivas. É essa a interpretação que garante a coerência e a integridade ao Direito brasileiro.

Portanto, em respeito aos princípios precípuos que legitimam nossa Constituição, e em atenção à integridade do Direito, conclui-se que o reconhecimento das famílias poliafetivas é a única interpretação coerente com a Constituição.

REFERÊNCIAS:

ARIÈS, Philippe. **História Social da Criança e da Família**. Tradução de L'Enfant et la Vie familiale sous l'Ancien Régime. Editora Guanabara S. Rio de Janeiro, RJ, 1981.

GIDDENS, Antony. **Sociologia**. Tradução Sandra Regina Netz, 4ª Edição. Ed. ARTMED, São Paulo, 2005.

DE ALMEIDA, Fábio Portela Lopes. **Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática**. Rev. direito GV vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008
<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200007>. Acesso em 12/11/2013

DIAS, Maria Berenice. **Adulterio, bigamia e união estável: realidade e responsabilidade**. Publicado no sítio eletrônico www.mariaberenice.com.br Acesso em 12/11/2013. “a”

DIAS, Maria Berenice. **Bem Feito! Quem Manda ser Mulher?** Disponível em: <http://mbdias.com.br/hartigos.aspx?100,18>. Acesso em 20/11/2013. “b”

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família**. 5o vol. 21a ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes – 2ª Edição, São Paulo, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume IV – Direito de Família, As famílias em perspectiva Constitucional, Ed. Saraiva, São Paulo – SP, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume VI, 9ª Edição**, Editora Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jurgen. **O discurso filosófico da modernidade, doze lições**. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2000.

LEVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do Parentesco**. Tradução Mariano Ferreira, Editora Vozes Limitada, Petrópolis, RJ, 1976.

LUHMANN, Niklas, **Social Systems**. Tradução de John Bednarz Jr., com Dirk Baecker. Prefácio de Eva M. Knodt. Stanford: Stanford University Press, 1995.

LUHMANN, **Religion as a social system**. Edição de André Kieserling; tradução de David A. Brenner como Adrian Hermann. Livro virtual. Stanford: Stanford University Press, 2013.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MOREIRA, Antonio Fávio e CANDAU, Vera Maria. **Multiculturalismo: Diferenças culturais e práticas pedagógicas**. 2ª Edição – Petrópolis, RJ, Vozes, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Direito de Família e o Novo Código Civil** (coord. Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias), Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2002.

SOUSA, Fernando Henrique Cunha; SILVA, Sérgio Henrique Ferreira da. **A influência do direito canônico no código civil brasileiro de 1916, em um projeto de subserviência da mulher no âmbito do seio familiar**. Publicado em webartigos, 02/04/2013. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/artigos/a-influencia-do-direito-canonical-no-codigo-civil-brasileiro-de-1916/106322/#ixzz2lvOv58qY> > Acesso em 29/11/13.